

NULIDADES NO PROCESSO PENAL E SUAS CLASSIFICAÇÕES¹

Mariana Engers Arguello²

RESUMO

Ao longo dos anos, o instituto das nulidades sofreu inúmeras mudanças em seu regramento. O objetivo do presente trabalho é demonstrar a transformação da classificação encontrada no Código de Processo Penal no capítulo referente às nulidades, que está dividido em nulidades absolutas e relativas. Todavia, observar-se-á que a classificação possui falhas as quais devem ser sanadas, muitas vezes, pela jurisprudência do presente ordenamento jurídico, resguardando principalmente sobre o prejuízo decorrente do ato praticado. Para que a pesquisa fosse satisfatória, buscou-se colher posicionamentos doutrinários, os quais demonstram as peculiaridades de cada caso e o entendimento jurisprudencial em relação a essa classificação, além da base principiológica que sustenta o tema.

Palavras-chaves: Nulidades Absolutas. Nulidades Relativas. Classificação. Prejuízo.

1. INTRODUÇÃO

O princípio constitucional expresso no artigo 5º, LIV e LV, da Carta Magna assegura a todos um processo com todas as garantias previstas no ordenamento jurídico. Ademais, o processo penal deve seguir inúmeros princípios e regras previstos no Código de Processo Penal para que o feito cumpra com a sua finalidade.

Após a prática da infração penal, haverá uma sanção, a qual será imposta com a ação do Estado. Caso não sejam seguidas as formalidades expressas, a relação jurídica pode ser declarada inválida. Os atos processuais

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora, composta pelos professores Doutor Marcus Vinicius Boschi (orientador), Doutor Vitor Antonio Guazzelli Peruchin e Doutor Fabiano Kingeski Clementel, em 25 de junho de 2018.

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: mariana.arguello@acad.pucrs.br

também possuem regras a serem seguidas, e o não cumprimento acarretará a declaração de nulidade. Porém, o ordenamento jurídico brasileiro visa buscar o equilíbrio entre o excesso de formalismo e a falta dele, logo, não são todos os atos que poderão ser declarados nulos.

O Código de Processo Penal passou por uma reforma ocorrida em 2008, onde houveram inúmeras mudanças na sistemática das nulidades, modificando o entendimento dos tribunais. Busca-se neste trabalho elucidar os conceitos referentes às nulidades e suas classificações e, em conjunto apresentando os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que divergem acerca do tema.

Busca-se elucidar melhor os conceitos que resguardam o tema nulidades, explicando a divergência existente entre a denominação vício e sanção. Posteriormente, explica-se quais são as classificações existentes dentro do rol das nulidades, as quais são denominadas absolutas e relativas. Há, ainda, doutrinadores que acreditam ter uma nova classificação que deveria ser inclusa nesse rol, as anulabilidades, entretanto, este entendimento é parte minoritária, não tendo sido levado adiante pelos demais.

Na sequência, busca esclarecer e aprofundar os conhecimentos sobre quais são as características e efeitos de uma nulidade absoluta e nulidade relativa, explicando também como identificá-las no processo penal. A nulidade absoluta é aquela dotada de vício de ordem pública, a qual deve ser declarada de ofício pelo magistrado, porquanto o prejuízo é presumido. Entretanto, a posição da jurisprudência neste sentido vem esbarrando com o entendimento doutrinário, estabelecendo que no caso de prejuízo, cabe à parte prejudicada demonstrar o decaimento sofrido.

Já as nulidades relativas são aquelas que não atingem um interesse público, mas sim o interesse das partes envolvidas no processo. Dessa forma, tais nulidades não podem ser declaradas de ofício e tampouco há o prejuízo presumido. Aqui, doutrina e jurisprudência acordam que as partes devem demonstrar se o ato efetivamente causou prejuízo, caso contrário haverá a sua convalidação.

Por fim, sintetizou os principais princípios que resguardam a temática das nulidades. São cinco os princípios: prejuízo, instrumentalidade das formas e convalidação.

2. DAS NULIDADES EM CARÁTER GERAL

O processo desenvolvido no âmbito criminal visa apurar se algum delito de fato ocorreu, ou seja, se o agente efetivamente merece uma punição ou se será absolvido, seja por falta de prova, ausência de autoria e materialidade ou pelo fato não constituir um tipo penal.

Dessa forma, há dentro desse processo um procedimento a ser seguido pelo magistrado e pelas partes – acusação e defesa – que são as regras impostas pelo ordenamento jurídico e, em se tratando de matéria criminal, tais regras estão compiladas no Código Penal e no Código de Processo Penal. Todo o procedimento levará a uma decisão final, seja ela condenatória ou absolutória. Tais regras buscam a isonomia para ambas as partes, a fim de garantir um processo justo pautado pelas garantias constitucionais e processuais penais.

O ato processual que será praticado dentro da demanda instaurada deverá estar de acordo com as regras impostas pela Constituição Federal, Convenção Americana sobre Direitos Humanos e com as leis estabelecidas no processo penal. Contudo, segundo Renato Brasileiro de Lima:

De nada adiantaria a lei prever que o juiz deve formular suas perguntas ao final da colheita da prova testemunha, de modo a complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, se não houvesse nenhuma sanção comina à inobservância do modelo típico.³

Portando, toda vez que um ato for praticado em consonância com a lei, não há falar em nulidade, porquanto estar-se-á respeitando as regras impostas

³ LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1306.

pelo ordenamento jurídico. Todavia, cada vez que um ato desobedece às normas processuais, há de ser analisado, uma vez que, dependendo do ato, da situação e dos efeitos, o mesmo poderá ser declarado nulo. Logo, há uma série de requisitos que devem ser observados antes que o referido ato seja declarado nulo.

A nulidade pode ser conceituada como um defeito que está atrelado a determinado ato processual que foi praticado em desacordo com as bases legais estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Encontram-se dispostas no Código de Processo Penal, do artigo 563 ao 573.

Após a declaração da nulidade surgirão consequências, tendo em vista que a mesma causa um prejuízo, porquanto os atos subsequentes que dependiam do ato viciado, deverão também ser declarados nulos. Segundo as lições de Luís Fernando Moraes Manzano:

A nulidade pode atingir a toda relação jurídico-processual ou apenas um ato processual. Decretada a nulidade de um ato processual – seja porque a lei pressupõe o prejuízo, seja em face de prova de haver causado prejuízo à parte -, o vício se estende a todos os atos processuais subsequentes que dele dependam ou, a *contrario sensu*, não atinge os atos processuais posteriormente relacionados sem qualquer vinculação com o ato viciado.⁴

Dessa forma, os atos que foram atingidos pela decretação da nulidade, podem ser, a requerimento do juiz, retificados ou repetidos.

No ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se a presença de duas classificações feitas acerca das nulidades, sendo elas nulidade relativa e nulidade absoluta.

3. ESPÉCIES DE NULIDADES

3.1 NULIDADES ABSOLUTAS À LUZ DA DOUTRINA TRADICIONAL

⁴ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 692.

O processo penal culmina verso uma decisão final, a qual integra, de um lado, a defesa e de outro a acusação. Dessa forma, com base no ordenamento jurídico e nos princípios norteadores do direito brasileiro, verifica-se que a relação entre os polos ocorra de forma equilibrada, devendo observar algumas formalidades impostas por lei.

Todavia, observa-se que essas formalidades nem sempre serão respeitadas, dando lugar as nulidades. Quando há violação das garantias constitucionais individuais e/ou do interesse público, estar-se-á diante de uma nulidade chamada absoluta. Carrega essa definição, pois colide com o devido processo legal, o qual é imprescindível para que haja um justo acesso à justiça. Sendo assim, constata-se que a referida nulidade afeta não somente o interesse das partes, mas também, o interesse de toda a jurisdição⁵.

Após a prática do ato em desacordo com as normas legais, como por exemplo, a violação do princípio do juiz natural, a nulidade vai ser declarada *ex officio*? E o prejuízo, deve ser demonstrado ou é evidente?

É neste momento que a grande divergência surge entre jurisprudência e doutrinadores. Há duas correntes:

1. a nulidade absoluta é dotada de um prejuízo evidente, devendo ser declarada a qualquer tempo, ainda que *ex officio*. Aqui, percebe-se que o ato praticado não é válido e sequer pode produzir qualquer efeito, logo, não pode ser convalidado sob nenhuma hipótese.
2. a nulidade absoluta, mesmo que viole um princípio expresso no ordenamento jurídico, deve contar com a demonstração do prejuízo da parte. Aqui, há a influência do princípio *pas de nullité sans grief*, ou seja, deve haver a comprovação de que aquele ato, ao ser refeito, mudaria a situação causada por ele, devendo, a parte interessada argui-lo.

Sustenta Aury Lopes Jr.:

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas. 2016. p. 906-907.

Como regra das nulidades absolutas, a gravidade da atipicidade processual conduz à anulação do ato, independentemente de qualquer alegação da parte interessada, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz ou em qualquer grau de jurisdição. Sendo alegada pela parte, não necessita demonstração do prejuízo, pois manifesto ou presumido, como preferem alguns.⁶

Cumprido esclarecer algumas afirmações feitas pelo doutrinador. Em relação a declaração *ex officio*, observa-se que quando a mesma ocorrer em sede de grau recursal, jamais poderá trazer um prejuízo para o réu, porquanto adota-se a *reformatio in pejus*. Entretanto, caso a nulidade tenha sido arguida pela acusação, o seu acolhimento pode ensejar uma situação mais prejudicial para o réu. É o que dispõe a Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal: “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”⁷.

Ademais, as nulidades podem ser reconhecidas por outros sucedâneos recursais, inclusive após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Destarte, observa-se que há sempre um meio necessário para ser declarada a referida nulidade, quando arguida pela parte.

Portanto, quando se tratar de competência originária do juízo, a nulidade pode ser reconhecida mesmo que o prejuízo seja direcionado a defesa. Aqui, não há incidência da referida súmula.

A maior divergência surge na jurisprudência, uma vez que os tribunais vêm, cada vez mais rechaçando o prejuízo presumido, adotando a posição de que para que haja o reconhecimento de uma nulidade, deve haver a demonstração do prejuízo.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA 284/STF. OFENSA AO ART. 159, § 1.º, DO CPP. EXAME DE CORPO DE DELITO. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO DO ART. 159, § 5.º, INCISO I, DO CPP. SUPOSTA NULIDADE NÃO ARGUIDA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. OFENSA AO ART. 384 DO CPP. DESOBEDIÊNCIA À REGRA DA MUTATIO LIBELLI. AUSÊNCIA DE

⁶ LOPES JÚNIOR, Aury Celso de Lima. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1136-1137.

⁷ SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 2421.

PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DISCUSSÃO RELATIVA À SUFICIÊNCIA DA PROVA PARA A CONDENAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A competência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, encontra-se atrelada à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional federal. Impositiva, assim, a indicação do dispositivo legal supostamente contrariado pelo eg. Tribunal na decisão vergastada, com a devida delimitação da violação do tema insculpido no regramento indicado, de forma a viabilizar o necessário confronto interpretativo.

II - O apelo nobre, no tópico quanto à alegação de inépcia da denúncia, não trouxe a indicação do dispositivo que teria sido violado, e não explicitou em que consistiria, precisamente, essa violação, apresentando-se deficiente o pleito recursal, sendo correta a incidência, in casu, do óbice da Súmula 284/STF.

III - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não deve ser declarada a nulidade do ato processual, ainda que se trate de nulidade absoluta, se dele não derivou qualquer prejuízo palpável à parte.

IV - A decisão da origem está em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que as nulidades eventualmente ocorridas durante a instrução criminal, no procedimento comum, devem ser arguidas até as alegações finais (art. 571, inciso II, do Código de Processo Penal), sob pena de preclusão.

V - A instância a quo não se pronunciou sobre a questão relativa à ofensa ao art. 384 do Código de Processo Penal (inobservância da regra da mutatio libelli), de maneira que esta Corte Superior, de fato, estava impedida de apreciar este ponto do recurso nobre, por ausência de prequestionamento, conforme dicção da Súmula 211/STJ.

VI - A modificação do juízo de fato formulado pelo eg. Tribunal estadual, no sentido de que estariam suficientemente demonstradas a materialidade e a autoria do delito, é providência que exigiria nova incursão no conjunto probatório e reavaliação do peso de cada elemento de convicção, o que é patentemente inviável em sede de recurso especial, a teor do enunciado sumular n. 7 desta Corte.

Agravo regimental desprovido.⁸ [Grifo nosso].

Entretanto, a esmagadora doutrina segue a primeira classificação, divergindo do entendimento expresso pelo Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Federal.

Já para Ricardo Jacobsen Gloeckner:

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1692392/PA - 2017/0216447-0**. Ministro Felix Fischer. DJe: 06/04/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REsp+1692392+PA+&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 23 abr. 2018.

O que se pode extrair e concluir da distinção entre nulidades absolutas e relativas, é notoriamente a impropriedade da aplicação da noção de prejuízo e sanabilidade, própria de um sistema penal autoritário. Esta desgastada divisão entre nulidades absolutas e relativas não é compatível com as categorias próprias do processo penal.⁹

Eugênio Pacelli de Oliveira demonstra que segue, também, a segunda corrente:

Mas não nos parece exato afirmar que, nas nulidades absolutas, o prejuízo seja presumido. Não se cuida de qualquer presunção. O que há é verdadeira afirmação ou pressuposição da existência de prejuízo. Não se cuida de inversão do ônus da prova, passível de alteração no plano concreto, mas de previsão abstrata da lei, a salvo de qualquer indagação probatória.¹⁰

Deve atentar-se a uma preocupação maior em relação a essa classificação, de fato, o que caracteriza o prejuízo? O mesmo possui critérios estabelecidos em lei para que seja reconhecido?

Observa-se que perguntas como estas continuam sem resposta no nosso ordenamento jurídico, gerando, para os magistrados, uma autoridade maior em relação a isso, tendo em vista que fica a cargo destes a devida “escolha” do que será reconhecido como nulidade ou não, analisando caso a caso e observando se a parte efetivamente sofreu decaimento e se isto ficou claro no processo.

Cita-se, de acordo com Norberto Avena, algumas nulidades de caráter absoluto: competência *ratione materiae* e *ratione personae*, interrogatório do réu sem a presença de seu defensor, ausência de intimação do defensor público ou constituído para a audiência ou sessão de julgamento e sentença prolatada por juiz suspeito.

A sanabilidade é outra questão que vem sendo discutida em relação as nulidades. Para a maioria, as absolutas são insanáveis, não podendo, de

⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 359.

¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas. 2016. p. 907-908.

maneira alguma, serem convalidadas, por carregarem um vício dotado de tamanha gravidade, que não chegam a adentrar no plano da validade, sendo barrados no plano da existência, o que os impede de ingressar no plano da eficácia. O único momento no ordenamento jurídico brasileiro em que as nulidades alcançam o patamar dito “sanável” é quando ocorre o fenômeno do trânsito em julgado.

Para a doutrina, a insanabilidade enseja a proteção dos direitos e garantias individuais das partes integrantes da relação processual. Entretanto, se a sanabilidade ocorre após o trânsito em julgado, onde é que se encontra o respeito as garantias individuais? Observa-se que mesmo em desrespeito com as bases legais, e principalmente, com os direitos fundamentais, o vício é tido como válido.

Para Ricardo Jacobsen Gloeckner, há uma grande dificuldade de explanação quando o assunto é nulidade absoluta, restando em uma classificação infundada e artificial¹¹.

No direito comparado, verifica-se, mais precisamente na Itália, que as nulidades absolutas também são fadadas a insanabilidade. De acordo com Andrea Antonio Dalia e Marzia Ferraioli:

*La loro caratteristica è l'insanabilità – nel corso del procedimento penale, fino al passaggio in giudicato della sentenza o del decreto di condanna divenuto irrevocabile – e la rivelabilità d'ufficio in ogni stato e grado.*¹²

3.2 NULIDADES RELATIVAS À LUZ DA DOCTRINA TRADICIONAL

As nulidades que estão previstas nessa classificação, muitas vezes são direcionadas para esta tipificação, pois não se encaixam no rol estabelecido nas nulidades absolutas, por consequência disto, pode-se dizer que se trata do

¹¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013.

¹² DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. 4. edizione. Milão: CEDAM, 2001. p. 403. Tradução livre: “A sua característica é a insanabilidade – no curso do procedimento penal, até a sentença final ou o decreto da condenação dita irrevogável – e a revelação de ofício em todos os estados e graus.”

critério da exclusão. Estão dispostas no art. 564 do Código de Processo Penal, sendo chamadas de exemplificativas, ou seja, o rol pode ser ampliado de acordo com o caso concreto.

Contrária à classificação das nulidades absolutas, as relativas não atingem um interesse público e sim um interesse privado das partes integrantes da relação processual. Tendo em vista que não é matéria de ordem pública, observa-se que o ato não poderá ser declarado *ex officio*, podendo somente ser reconhecida caso arguida pela parte interessada em momento oportuno.

Todavia, segundo Antônio Alberto Machado: “Porém, nada impede que o juiz, de ofício, independentemente da arguição pela parte interessada, reconheça a nulidade relativa, pois uma das funções do juiz é ‘prover à regularidade do processo’ (art. 251, CPP)”¹³.

Ainda assim, Lúcio Santoro Constantino afirma que a incompetência territorial pode ser declarada de ofício e a mesma é classificada como nulidade relativa. Dessa forma, o referido doutrinador concorda que esse grupo de nulidades pode ser declarado de ofício para que a regularidade processual possa seja atingida¹⁴.

No entanto, tal pensamento esbarra no entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. DECISÃO FUNDAMENTADA. ILICITUDE DAS PROVAS NÃO EVIDENCIADA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO PROCESSANTE. ESPECIALIZAÇÃO DE VARAS. REGRA DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO NA VIA ADEQUADA. INÉPCIA DA DENÚNCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA. QUESTÕES NÃO ENFRENTADAS NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE.

1. Estão devidamente fundamentadas as decisões que autorizaram a quebra do sigilo telefônico e as respectivas prorrogações, uma vez que adequadamente justificada a necessidade das medidas, com o esclarecimento de serem imprescindíveis às investigações.

2. A propósito da alegada incompetência do Juízo que processa a ação penal, correta a conclusão do Tribunal local no sentido de que a matéria deveria ser arguida por meio de exceção, tendo em vista que

¹³ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2012. p. 535.

¹⁴ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no processo penal**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 51.

se trata de regra de competência territorial em razão da matéria, já que atinente à especialização de varas, cuja inobservância não importa automaticamente na nulidade do feito, posto que não é absoluta, mas relativa, precluindo caso não arguida no momento processual oportuno e através da via correta, nos moldes do art. 108 do CPP (HC n. 99.818/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 13/10/2009).

3. As teses referentes à inépcia da denúncia, à ausência de justa causa para o oferecimento e recebimento da inicial acusatória, à nulidade decorrente da não oitiva dos investigados na fase policial e à violação ao princípio do promotor natural não foram enfrentadas pela Corte estadual no acórdão impugnado. Qualquer manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre os temas implicaria indevida supressão de instância.

4. Ordem denegada.¹⁵ [Grifo nosso].

Nesse contexto, observa-se que o ato existe e, obviamente, caso a parte reste inerte, ocorrerá a preclusão. Sendo assim, para que o ato possa ser posteriormente válido e eficaz, há a chamada convalidação do ato. Ou seja, caso a parte interessada não tenha interesse em arguir o ato praticado em desacordo com as normas, ocorrerá a sua validação e, posteriormente, decorrerão os efeitos previstos para o mesmo¹⁶.

Mais uma vez, outra característica que difere as nulidades absolutas das relativas, é a insanabilidade.

Leciona Ricardo Jacobsen Gloeckner que:

Com as nulidades relativas, para além, é possível manter-se um sistema inquisitorial no seio do processo penal democrático, tendo como norte a noção de sanabilidade do ato defeituoso, o que significa a gestão de ilegalidade.¹⁷

Ademais, como mencionado no subtópico acima, constatou-se que as nulidades absolutas não necessitam da demonstração do prejuízo à luz da doutrina, todavia, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores, o prejuízo

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 238166/GO - 2012/0067960-0**. Ministro Sebastião Reis Júnior. Dje 14/08/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC+238166+GO+&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25 abr. 2018.

¹⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Manual de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 573.

¹⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 350.

deve estar demonstrado, mesmo que o ato tenha violado uma norma de ordem pública.

Já nas nulidades relativas, não há divergência neste ponto, tendo em vista que o prejuízo deve ser sempre demonstrado para que o ato seja anulado, ou seja, tanto os Tribunais Superiores e a doutrina entendem que o prejuízo aqui deve efetivamente ser provado.

De acordo com Norberto Avena:

Para a decretação da nulidade relativa, exige-se indubitavelmente, a comprovação do prejuízo, não sendo possível o reconhecimento do vício a partir de mera presunção de que tenha a parte sofrido um dano processual em decorrência da inobservância de forma prevista em lei (art. 572, II).¹⁸

Cumprir realizar considerações do art. 572 do Código de Processo Penal, o qual dispõe através dos seus incisos que o momento em que as nulidades podem ser arguidas, sob pena de preclusão caso não realizado em determinado momento, levando-as a convalescer. Não há a possibilidade de decretação de ofício pelo juiz (inciso I).

Na sequência, o inciso II pode ser traduzido como um dos dispositivos utilizados para sustentar o princípio da convalidação, onde, mesmo o ato tendo sido praticado em desacordo com o ordenamento jurídico o mesmo atingiu o seu fim, não havendo razões para que seja reconhecida a nulidade.

Por fim, no inciso III, caso a parte interessada não se sentir prejudicada, poderá aceitar o ato praticado daquela forma, mesmo que tacitamente.

É o mesmo tratamento que o direito italiano confere às nulidades relativas:

Le nullità relative sono le nullità diverse da quelle di ordine generale e dalle altre espressamente definite assolute da specifiche disposizioni

¹⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Manual de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 573

*di legge (art. 179) e sono dichiarate su eccezione di parte, che a pena di decadenza, deve esse proposta.*¹⁹

Cumpra citar alguns exemplos de nulidade relativa, como a falta de intimação quando ocorrer expedição de carta precatória, inobservância das formalidades estabelecidas no art. 212 do Código de Processo Penal em relação a inquirição das testemunhas e outras.

Entretanto, em diversas situações, pode ocorrer certa dúvida sobre a ocorrência ou não do prejuízo para a parte interessada, podendo restar dúvida se a referida nulidade é relativa ou absoluta. É o que ocorre quando o réu comparece a audiência para a realização de seu interrogatório e é ouvido sem a presença de seu defensor. Porém, o mesmo resguarda o seu direito constitucional de permanecer em silêncio. A primeira impressão que parece é que o réu não teria tido nenhum prejuízo, haja vista ter preferido o silêncio.

Contudo, ao analisar mais de perto a situação, há possibilidades de que tenha escolhido essa via, porquanto estava se sentindo desamparado, não possuindo a faculdade de consultar o seu defensor ou não, caso necessitasse. Cumpra observar que ao constatar-se a ausência do defensor, estar-se-ia violando o contraditório e a ampla defesa, logo, há violação de um princípio constitucional, transferindo a nulidade relativa para a absoluta²⁰.

Colaciona decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual constitui como nulidade absoluta a falta de defesa no interrogatório do réu, porém, exige a demonstração de prejuízo.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. NOVO INTERROGATÓRIO DO RÉU. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO DESPROVIDO.

¹⁹ DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. 4. edizione. Milão: CEDAM, 2001. Tradução livre: "As nulidades relativas se diferem das nulidades de ordem geral e das ditas absolutas, pois são declaradas pelas partes interessadas e devem ser propostas sob pena de decadência."

²⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2012. p. 534.

1. O entendimento assente nesta Corte Superior é no sentido de que o reconhecimento de nulidades exige a demonstração do prejuízo. Ainda, conforme preceitua a Súmula 523/STF, “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu”.

2. “A alegação de deficiência da defesa deve vir acompanhada de prova de inércia ou desídia do defensor, causadora de prejuízo concreto à regular defesa do réu” (RHC 39.788/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 25/2/2015), o que não restou demonstrado na hipótese em apreço.

3. Considerando a redação dos arts. 395 e 396 do Código de Processo Penal em vigor à época do oferecimento da denúncia, a apresentação de defesa prévia não era obrigatória, tratando-se de mera faculdade da defesa e, por consectário, a sua ausência não configurava nulidade. Precedentes.

4. No que se refere a não realização de um segundo interrogatório nos termos da nova redação do art. 400 do Código de Processo Penal (Lei n. 11.719/2008), tem-se que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, bem como a do Supremo Tribunal Federal, é firme no sentido de que “a Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CPP, porquanto lei processual penal, aplica-se desde logo, conforme os ditames do princípio tempus regit actum, sem prejudicar, contudo, a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, razão pela qual, já realizado o interrogatório do réu, não há obrigação de o ato ser renovado para cumprir as balizas da nova lei” (AgRg no AREsp 681.940/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 29/06/2016).

5. Recurso ordinário desprovido.²¹ [Grifo nosso].

Dessa forma, observa-se que o exemplo supracitado causa confusão, tendo em vista que de um lado o acusado não obteve nenhum prejuízo, por restar silente. Todavia, do outro lado, sentiu-se acuado e por isto escolheu essa via, tendo tido prejuízos, pois caso tivesse tido a assistência do seu defensor, poderia ter se defendido e explicado a veracidade dos fatos, observando o contraditório e a ampla defesa.

Verifica-se que a maior diferença entre nulidade absoluta e relativa é em relação ao ato praticado poder atingir ou não a sua finalidade. Ademais, caso a nulidade tenha sido declarada nula, a mesma poderá ser refeita ou repetida. É o que entende Renato Brasileiro de Lima: “Na realidade, cuida-se de repetição

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 51511/PR - 2014/0227904-5**. Relator Ministro Ribeiro Dantas. DJe 10/02/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=rhc+51511&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

ou renovação do ato da mesma espécie, porém, desta vez, com fiel observância do modelo típico”²².

4. PRINCÍPIO DO PREJUÍZO

Se o ato produzido está em desconformidade com o ordenamento jurídico, mas não gerou nenhum tipo de prejuízo para a acusação ou defesa, significa que o ato não precisa ser declarado nulo, pois atingiu a sua finalidade. É conhecido na doutrina francesa como *pas de nullité sans grief*.

Deve-se, dessa forma, ter um nexo causal entre o ato produzido imperfeitamente e o prejuízo alegado por uma das partes. A não declaração, caso não tenha ocorrido tal nexo, está correlacionado a outros dois princípios norteadores do processo penal, que são o da economia e celeridade processual.

Para Débora Carvalho Fioratto, existem dois tipos de prejuízo, sendo eles, o real e o legal. O primeiro é aquele que se divide em efetivo e potencial. O efetivo é conceituado por aquele onde as duas partes são favorecidas, prevalecendo sobre o potencial, tendo em vista que quando houver prejuízo para ambas as partes, o prejuízo deve ser declarado imediatamente, sem que se verifique a existência do prejuízo legal. Já o prejuízo potencial é aquele que advém da omissão da formalidade essencial prevista em lei. O referido prejuízo não é absoluto, pois depende da existência de prejuízo real²³.

Percebe-se que a justiça brasileira está afogada em processos devido ao grande número de demandas existentes, logo, tendo em vista que não houve prejuízo, não há motivos para que a arguição seja levada adiante. É o que pensa Ada Pellegrini Grinover, quando se refere que a declaração da nulidade causa transtornos ao processo e principalmente ao juiz, pois observa-

²² LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1357.

²³ FIORATTO, Débora Carvalho. **Teoria das nulidades processuais**: interpretação conforme a Constituição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

se que não é qualquer prejuízo que deverá acarretar em uma sanção, devendo então ser efetivamente demonstrado²⁴.

É o que Ricardo Jacobsen Gloeckner chama de princípio da economia da declaração da nulidade: primeiro procura-se preservar o ato processual, para somente posteriormente o invalidar²⁵. É o mesmo pensamento de Eugenio Florian, em sua obra *Principi di Diritto Processuale Penale*²⁶.

Ademais, ainda nesse campo, Gloeckner argumenta que tal princípio é regido por um binômio prejuízo-vantagem, onde do lado do prejuízo deve-se ter elementos que apresentem que o efetivo prejuízo ocorreu e o lado vantagem deverá constar quais são as vantagens obtidas pela parte que invoca o vício²⁷.

Tal princípio está expresso no art. 563 do Código de Processo Penal: “Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”²⁸.

Ademais, existem outros dispositivos no ordenamento jurídico que expressam o princípio do prejuízo e estão dispostos no Código de Processo Civil e na Lei n. 9.099/95, respectivamente:

“Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”²⁹

“Art. 65. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta Lei.”³⁰

É nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ENERGIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. Salvador: JusPodivm, 2013.

²⁶ FLORIAN, Eugenio. *Principi di diritto procesuale penale*. Torino: Giappichelli, 1932.

²⁷ GLOECKNER, op. cit., p. 252.

²⁸ SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 541.

²⁹ Ibid., p. 319.

³⁰ Ibid., p. 1675.

PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESTABELECIMENTO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA. PRELIMINAR DE DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AFASTADA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À PARTE NO CASO CONCRETO. INTERRUPTÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA POR TEMPO EXCESSIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. ART. 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. 1. A presença de menor no processo exige a intervenção do Ministério Público, cuja falta, entretanto, só implica nulidade se houver prejuízo concreto, não constatado na espécie. Princípio pas de nullité sans grief. Precedentes do STJ. 2. Em se tratando de concessionária de serviço público, incide à espécie as disposições do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, bem como o Código de Defesa do Consumidor, remetendo à responsabilidade objetiva da demandada - bastando a prova do ato ilícito, do dano e o nexo causal, não importando se a conduta foi dolosa ou culposa. 3. In casu, houve interrupção de energia de aproximadamente 20 dias ininterruptos em outubro de 2015, em imóvel localizado na localidade de Timbaúva, zona rural da Cidade de Formigueiro, em razão de forte temporal (unidade consumidora n. 2222271-5). 4. No caso dos autos, é forçoso concluir que não se aplicam as excludentes de responsabilidade da força maior ou do caso fortuito porquanto a falha do serviço está, justamente, na demora em restabelecê-lo, e não na suspensão por si, decorrente de chuvas torrenciais e ventos fortes. A solução do problema deu-se após extrapolado em muito o prazo previsto em Resolução da ANEEL, pelo que evidenciada a falha do serviço prestado pela concessionária. A demora foi fato imputado à ineficiência da ré e não ao fenômeno climático. 5. A interrupção de cerca de 20 dias, ultrapassando em muito o prazo regular de restabelecimento do serviço, é gerador de dano in re ipsa, dispensando, pois, comprovação. 6. Demonstrado o defeito na prestação de serviço, derivado da demora imotivada no restabelecimento do serviço de energia elétrica, resta configurado o dever de indenizar. 7. Quantum fixado, em favor do grupo residente na unidade consumidora n. 2222271-5 (fl. 20), observados os postulados da razoabilidade e proporcionalidade. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.³¹ [Grifo nosso].

Igualmente é o entendimento do nosso egrégio Tribunal de Justiça, entretanto, em matéria criminal:

³¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº 70075681700**. Relatora Laura Louzada Jacottet. DJe 05/04/2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+70075681700&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Apela%C3%A7%C3%A3o++70069792562&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=##main_res_juris>. Acesso em: 13 abr. 2018.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE CULPOSA INVIÁVEL. DA EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. Preliminar de cerceamento de defesa. Apresentação de rol de testemunhas extemporâneo. Não há falar em cerceamento de defesa, na medida em que o réu teve tempo suficiente para arrolar eventuais testemunhas, sendo que o momento oportuno para apresentá-las é a resposta à acusação, nos termos do art. 396-A, do CPP. Ademais, trata-se de argumentação sem demonstração de prejuízo decorrente, o que faz incidir, no caso, o princípio pas de nullité sans grief. Mérito. Materialidade e autoria do fato devidamente comprovadas nos autos. Justificativa apresentada mostra-se fragilizada ante a inexistência nos autos de estofo probatório capaz de corroborar a versão do réu. Conduta adotada pelo acusado demonstra conhecimento acerca da ilicitude do bem que adquiriu ou recebeu. Rejeitada a pretensão de desclassificação para a modalidade culposa da infração, porquanto evidente a existência de dolo direto. Condenação mantida. Custas Processuais. Cabível a suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, pois o réu foi atendido pela Defensoria Pública do Estado. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.³² [Grifo nosso].

Paulo Rangel exemplificou da seguinte forma: caso o Ministério Público, no procedimento ordinário arrola dez testemunhas para serem ouvidas, porém duas delas declaram nada saber acerca do fato, não há motivos para a que a nulidade seja arguida, mesmo sabendo que a lei dispõe que são oito testemunhas para cada fato. No caso, não há prejuízos para a defesa, mesmo tendo sido desrespeitada a norma legal³³.

Ainda sim, segundo Guilherme de Souza Nucci:

Assim, quando houver uma nulidade absoluta, deve ela ser reconhecida tão logo seja cabível, pois atentatória ao interesse público de se o devido processo legal. Entretanto, havendo uma nulidade relativa, somente será ela proclamada, caso requerida pela parte prejudicada, tendo esta o ônus de evidenciar o mal sofrido pelo não atendimento à formalidade legal.³⁴

³² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº 70069792562**. Relator Ícaro Carvalho de Bem Osório. DJe 05/10/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o++70069792562&proxystyle=esheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Apela%C3%A7%C3%A3o+70073680837&sitel=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=++#main_res_juris>. Acesso em: 13 abr. 2018.

³³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 949.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1155.

Norberto Avena possui entendimento diverso:

[...] sendo hipótese de nulidade absoluta, duas correntes subsistem: uma, no sentido de que o prejuízo aqui é presumido, não se exigindo demonstração por quem alega o vício; outra, compreendendo aqui também a nulidade absoluta exige comprovação do prejuízo sofrido como condição para seu reconhecimento, sendo esta última posição consolidada nos Tribunais Superiores (STF E STJ).³⁵

Sustenta Ada Pellegrini Grinover que as nulidades absolutas não possuem a necessidade de demonstração do prejuízo, haja vista que o mesmo é evidente. Para a mesma, um exemplo que resta demonstrado o prejuízo é o caso da falta de citação, pois, se o réu não é avisado/chamado para o processo, o mesmo não pode se defender.³⁶

Dessa forma, é o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE REGIONAL. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NÃO OCORRÊNCIA.

WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Conforme entendimento deste Tribunal Superior, o questionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

³⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Manual de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 575.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

3. A tese de nulidade por deficiência de defesa técnica, não foi objeto de julgamento pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

4. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, consagra como garantia “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

5. “O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e o contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido”, assim, “compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu” (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010).

6. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o reconhecimento de nulidade exige a demonstração do prejuízo, segundo o princípio pas de nullité sans grief.

7. Conforme o entendimento consolidado na Súmula 523/STF, “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu”.

8. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que “a alegação de deficiência da defesa deve vir acompanhada de prova de inércia ou desídia do defensor, causadora de prejuízo concreto à regular defesa do réu” (RHC 39.788/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 25/2/2015), o que não se verifica na hipótese em apreço.

9. Habeas corpus não conhecido.³⁷ [Grifo nosso].

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tem através da Súmula 523, a qual dispõe que: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”³⁸.

Após a verificação do prejuízo, deve-se ficar atento ao tipo de dano causado e o tipo de nulidade que ocorrer. Podem ser de dois tipos, as chamadas originárias e as derivadas. As primeiras são aquelas em que o dano somente fica adstrito ao ato praticado, não contaminando os demais atos do

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 403911/SP 2017 013195-9**. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Dje: 21/09/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC+403911+SP+&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 nov. 2017.

³⁸ SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 2427.

processo. Já a segunda hipótese é aquela onde os atos praticados subsequentemente ao ato viciado deverão ser renovados.³⁹

O art. 573 estabelece que:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.⁴⁰

Dessa forma, observa-se que há o princípio da contaminação atrelado ao princípio do prejuízo, pois um ato viciado, caso não seja reparado até a produção de outro ato posterior, acaba contaminando-o. Percebe-se então que o ato final do processo não pode ser derivado daquele que não está em conformidade com o ordenamento jurídico, pois o processo só será válido se todos os atos correram a marcha regular.

Ainda tratando deste tema, Jorge Coutinho Paschoal discorda da classificação nulidades insanáveis e sanáveis, onde a primeira seria a nulidade absoluta e a segunda a relativa. Para ele, seja a nulidade dotada de vício que possa ser sanado ou não, o prejuízo deve ser sempre presumido. Sustenta que: “[...] não há como saber se, uma vez praticado o ato de outra forma, o resultado seria diferente (mais benéfico à parte)”⁴¹.

5. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

No decorrer do processo penal, admite-se que alguns atos, mesmo que tenham sido praticados em desacordo com a referida forma legal, possam ser convalidados, ou seja, não estão sujeitos a decretação de nulidade. É o que

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁴⁰ SARAIVA, op. cit., p. 542.

⁴¹ PASCHOAL, Jorge Coutinho. As nulidades no processo penal e o prejuízo. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, jul./dez, 2014. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/noticias/as-nulidades-no-processo-penal-e-o-prejuizo/>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

institui o artigo 566 do Código de Processo Penal: “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”⁴².

O brocado “verdade substancial” soa redundante no referido artigo, porquanto fica claro que, no processo penal, isso remete quase sempre a questões ligadas às provas apresentadas durante o feito. Deste modo, faz-se mister analisar se essa verdade influenciará na decisão final, ou seja, se o juiz a utilizará para fundamentar uma possível condenação. Claro que, nem sempre essa prova será levada em conta e, caso não seja, não há nenhuma nulidade.

Todavia, não é esse o pensamento majoritário acerca do tema. Há quem discorde que caso o ato não tenha influenciado na decisão final, não é passível de nulidade. Segundo Jorge Coutinho Paschoal, cabe sempre a decretação da nulidade, tendo em vista que a sentença deve sempre estar motivada, logo, ou poderá ser declarada a nulidade da sentença, pois não motivou a não utilização de tal ato ou, pelo magistrado ter descartado aquele ato, já que praticado de forma imperfeita, o que, caso fosse válido, poderia afetar na decisão final⁴³.

O referido princípio, acima de tudo, pressupõe a proteção de um interesse, e caso esse interesse tenha sido atingido, não há falar em nulidade. Em outras palavras, de acordo com Marcello Polastri Lima: “[...] apesar de não ter sido praticado corretamente o meio, foi atingido o fim a que se propunha o ato”⁴⁴.

Outrossim, observa-se que, via de regra, há uma correlação entre os demais princípios que regem o tema. Neste caso, constata-se que o princípio *pas de nullité sans grief*, já tratado no subtópico anterior, demonstra que o prejuízo deve efetivamente ocorrer para que se possa falar em nulidade, pois ao atingir o desiderato pretendido, não há motivos para que o ato seja declarado nulo e necessite ser refeito. Entretanto, atrelado a isso, deve estar atento se o referido ato pode ser reaproveitado ou não, dando espaço para as

⁴² SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 542.

⁴³ PASCHOAL, Jorge Coutinho. As nulidades no processo penal e o prejuízo. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, jul./dez, 2014. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/noticias/as-nulidades-no-processo-penal-e-o-prejuizo/>. Acesso em: 17 nov. 2017.

⁴⁴ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 977.

classificações de nulidade absoluta e relativa, considerando-se que a primeira não comporta a modalidade de “aproveitamento”.

Em síntese, o que deve ser preservado é o conteúdo do ato praticado, pouco importando a forma pelo qual se atingiu aquele fim. Por isso, nota-se que esse princípio também está relacionado a economia processual, porquanto o magistrado, ao aproveitar o ato que mesmo defeituoso atingiu a sua finalidade, estará poupando tempo para que o judiciário não refaça o referido ato, tampouco os que derivaram dele.

6. PRINCÍPIO DA CONVALIDAÇÃO

No que resguarda este princípio, Renato Brasileiro de Lima traduz exatamente o seu significado:

A palavra convalidar tem o significado de remover o defeito, remediar a falha, sanear o vício, a fim de que um ato processual inicialmente imperfeito possa ser considerado válido, apto a produzir os efeitos legais inerentes ao ato perfeito.⁴⁵

Correlato a esta explicação, muitos artigos podem ser citados como exemplo, são eles: art. 572, 573, 568, 569 e 560, todos do Código de Processo Penal. Cumpre transcrevê-los em momento oportuno, de acordo com o desenvolvimento da explicação.

No campo das nulidades, constata-se que o ato imperfeito poderá ser validado ou inválido, dependendo de como tenha sido praticado e do que trata o seu conteúdo. Conquanto, há se de observar que a preclusão valida o ato, logo, não havendo possibilidades de decretar a nulidade, pode-se dizer que a mesmo não tendo obedecido as formalidades, atingiu a finalidade. Em outras

⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1354.

palavras, não há como retroceder a anular o ato que atingiu a sua finalidade e já alcançou um patamar, digamos, intocável.

Isto posto, a preclusão lógica decorre da inércia da parte ao arguir a nulidade, logo, a mesma aceita seus defeitos, não arguindo a nulidade. Tal aceitação é meramente tácita, traduzida pela sua inércia. Já a preclusão dita temporal é aquela que com o decurso do tempo, restou convalidadas. Ainda neste campo, a preclusão consumativa é aquela onde a possibilidade já foi exercida de forma válida.

Há, ainda, diversas formas de convalidar os atos, a primeira delas está prevista no art. 569 do Código de Processo Penal:

Art. 569. As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo tempo, antes da sentença final.⁴⁶

Constata-se que essa forma de convalidação pode ser chamada de suprimento, visto que as omissões da denúncia e das demais peças acusatórias podem ser supridas a qualquer momento. Isso ocorre pois podem ser feitas até a sentença final, caso contrário, ocorrerá a preclusão, não podendo fazê-las posteriormente.

A segunda forma está disposta no art. 573, *caput, in fine*: “Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados”⁴⁷.

A terceira modalidade está disposta no art. 568 do Código de Processo Penal: “Art. 568. A nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais”⁴⁸. É chamada de ratificação e poderá ser a todo tempo sanada, como por exemplo, a queixa-crime oferecida por menor de dezoito anos, que deverá ser sanada com a representação por seu representante legal.

⁴⁶ SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 542.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 542.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 542.

A quarta forma está disposta no art. 573, caput, do Código de Processo Penal, já transcrito acima. É conhecido como renovação ou repetição. Aqui, não há falar em saneamento do ato, ou seja, deve-se repetir o ato, praticá-lo da mesma forma observando as regras legais impostas.

A quinta forma está descrita no art. 570 do Código de Processo Penal:

Art. 570. A falta ou a nulidade da citação, intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.⁴⁹

A sexta forma é a preclusão, já citada acima, porém, faz-se mister realizar mais comentários sobre o assunto. Segundo Renato Brasileiro de Lima a preclusão pode ser subjetiva ou objetiva. A primeira é aquela que a parte perde a faculdade processual de arguir a nulidade e a segunda é um ato o qual impede que ocorra a progressão da relação processual para fases anteriores no processo, ou seja, impede que as partes recuem e alcancem o que já foi feito anteriormente⁵⁰.

A sétima forma é a chamada prolação da sentença, disposta no art. 282, § 2º do Código de Processo Civil.

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

[...]

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.⁵¹

Exemplifica-se essa hipótese quando uma testemunha tenha sido ouvida por carta precatória, entretanto, há nulidade em seu depoimento, pois o mesmo não foi realizado de acordo com as bases legais. O magistrado, ao proferir a

⁴⁹ SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 542.

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1354.

⁵¹ SARAIVA, op. cit., p. 324.

sentença, chega à conclusão que tal depoimento não influenciou na decisão da causa, a qual seria absolutória, logo, não há motivos para que a nulidade seja declarada. É o que o processo penal chama de teoria da causa madura, a qual dispõe que caso o magistrado possa, desde já, absolver o acusado, em nome dos princípios da celeridade e da economia processual, ele o deve fazer.

A última hipótese é a coisa julgada, a qual, é entendida como uma causa de saneamento somente para a acusação, haja vista que não há no processo penal revisão criminal *pro societate*. Dessa forma, mesmo que uma decisão absolutória ou que declare extinta a punibilidade tenha sido prolatada por magistrado incompetente ou suspeito, não há falar em repetição, pois não há no ordenamento jurídico previsão de algum instrumento que possa atacar o referido vício.

Para Norberto Avena, o referido princípio atinge somente as nulidades relativas, excluindo dessa forma as absolutas, visto que jamais poderão ser convalidadas, pois são dotadas de vícios insanáveis.

Assim, o ato absolutamente nulo jamais poderá ser convalidado. No tocante à impossibilidade de ser reconhecida a mácula após o trânsito em julgado da decisão absolutória, isto não ocorre em face de eventual saneamento da nulidade absoluta. Pelo contrário, esta continua existindo, apenas não sendo viável um pronunciamento judicial declaratório em face da ausência de instrumento jurídico capaz de permitir a desconstituição dessa ordem de decisão.⁵²

Todavia, alguns doutrinadores entendem que a convalidação pode atingir as nulidades absolutas somente em uma única situação específica no caso, o trânsito em julgado para a acusação de sentença absolutória. Aqui, defende-se que após o trânsito em julgado, não haveria mais possibilidade para o ingresso de revisão criminal e ou habeas corpus para que se pudesse anular posteriormente o que já teria sido efetivamente feito e convalidado.

Entretanto, como citado acima, Norberto Avena defende que não há convalidação para as nulidades absolutas, devido a sua característica fundamental de insanabilidade.

⁵² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Manual de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 579.

6. CONCLUSÃO

De todos os fatos apresentados acima, observa-se que as nulidades, após a reforma do Código de Processo Penal apresentam algumas problemáticas, porquanto possuem diversas divergências acerca do tema. Já na parte inicial, ou seja, no primeiro capítulo, há a conceituação dos atos irregulares, nulos e inexistentes.

Adiante, repara-se que as nulidades são divididas em dois grupos, as relativas e as absolutas. As absolutas são aquelas que possuem um vício de ordem pública, a qual poderá ser declarada de ofício, tendo em vista que o prejuízo está presumido. Em contrapartida, nas nulidades relativas o prejuízo necessita ser apontado, uma vez que o mesmo não está visível. Sendo assim, para que seja reconhecido e declarado nulo, o vício deverá ser demonstrado.

Constata-se que a demonstração do prejuízo se difere mediante a análise da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, a qual preceitua que a falta de defesa indica nulidade absoluta, pois não precisa estar demonstrado que a falta causa prejuízo evidente para o réu. Contudo, no que resguarda a sua deficiência, há de ser provada, pois pode ser que a defesa obtenha os resultados almejados e mesmo assim tenha agido de forma deficiente. Logo, conclui-se que nesse campo, há grande divergência da matéria, pois os tribunais entendem que mesmo no caso de nulidade absoluta, o decaimento que a parte sofreu deve restar demonstrado nos autos.

Neste sentido, cumpre ainda esclarecer que os princípios possuem um papel fundamental na resolução dos problemas que cercam o tema, pela qual os doutrinadores demonstram grande interesse, não havendo grandes divergências entre eles.

Após a exposição de todos os argumentos acima, conclui-se que a problemática que gira em torno das nulidades necessita de uma nova reforma do Código de Processo Penal e, também, necessita que a doutrina e jurisprudência comecem a acordar entre si na maioria dos temas. Isso deve ocorrer, pois há inúmeras divergências que resguardam o tema, porquanto fica

a cargo do magistrado decidir o que se sucederá em cada caso concreto, podendo haver uma disparidade entre as decisões, causando prejuízo a uma das partes.

Por fim, observa-se que o tema é de extrema importância na área acadêmica, porquanto possui diversos entendimentos, devendo ser estudado mais a fundo para que se consiga entender efetivamente o que caracteriza uma nulidade absoluta e uma relativa.

Outrossim, devido à extensão do nosso ordenamento jurídico e a autonomia dos juízos, certamente haverá entendimentos diversos nas demais regiões do país sobre este tema, sobretudo no que se refere as nulidades absolutas e a demonstração do prejuízo. Tentou-se, nesse trabalho, esclarecer ao máximo esses conceitos, trazendo em conjunto com a legislação brasileira e a doutrina italiana, para que se pudesse verificar como o tema é visto no direito comparado.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Manual de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Código de Processo Penal comentado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 51511/PR - 2014/0227904-5**. Relator Ministro Ribeiro Dantas. DJe 10/02/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=rhc+51511&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1692392/PA - 2017/0216447-0**. Ministro Felix Fischer. DJe: 06/04/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REsp+1692392+PA+&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 238166/GO - 2012/0067960-0**. Ministro Sebastião Reis Júnior. DJe 14/08/2017. Disponível

em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC+238166+GO+&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 403911/SP 2017 013195-9**. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Dje: 21/09/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC+403911+SP+&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 nov. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no processo penal**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. **Nulidades no processo penal: noções básicas**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. 4. edizione. Milão: CEDAM, 2001.

FIORATTO, Débora Carvalho. **Teoria das nulidades processuais: interpretação conforme a Constituição**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

FLORIAN, Eugenio. **Principi di diritto procesuale penale**. Torino: Giappichelli, 1932.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. Salvador: JusPodivm, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso de Lima. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. _____. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Nulidades no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas. 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas. 2016.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. As nulidades no processo penal e o prejuízo. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, jul./dez, 2014. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/noticias/as-nulidades-no-processo-penal-e-o-prejuizo/>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº 70069792562**. Relator Ícaro Carvalho de Bem Osório. DJe 05/10/2017.

Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o++70069792562&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris &entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Apela%C3%A7%C3%A3o+70073680837&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 13 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº 70075681700**. Relatora Laura Louzada Jacottet. DJe 05/04/2018. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+70075681700&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris &entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Apela%C3%A7%C3%A3o++70069792562&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 13 abr. 2018.

SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TONIAZZO, Paulo Roberto Froes; LUZ, Valdemar P. da. **Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOVO, Paulo Cláudio; MARQUES, João Batista. **Nulidades no processo penal brasileiro**: novo enfoque e comentário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.